論殯葬管理條例對殯葬服務業經營資格之限制－以職業自由之觀點分析

王文秀、李以德、王世永

摘 要

殯葬管理條例對於殯葬服務業者的經營資格，有許多的限制，這些限制大多是「前科」的限制，然而，限制有某些前科者不得經營殯葬服務業，乃是法律對於人民職業選擇自由加以限制，必須通過憲法工作權中職業選擇自由之判斷基準檢視，方能取得合憲的結果，如此的限制才具有正當性基礎，本文透過文獻分析發現，這些限制有許多無法通過合憲性檢視，必須盡速加以修正，才不會造成禁止範圍過寬，而侵害人民權益。本文認為應該對有前科者從業進行一定的限制，但要根據其所犯前罪的種類與性質來做不同的限制，方能通過合憲性檢視。

關鍵詞：職業選擇自由、殯葬管理條例、工作權、殯葬服務業。

王文秀：台北市政府殯葬管理處第二殯儀館館長
李以德：真理大學通識中心專任助理教授
王世永：真理大學通識中心專任講師
投稿日期：101 年 7 月 2 日　接受刊登日期：101 年 10 月 25 日

Review of the Restrictions in the " Funeral and Interment Act" on the Qualification for Operating Funeral and Interment Services

Wen-Hsiu Wang, Yii-The Lee, Shih-Yung Wang

Abstract

There are many qualifications restrictions to funeral service providers in Funeral Regulations. These restrictions are mostly restricted the providers from having criminal records. However by limiting the people who have criminal records not to operate funeral services, are limiting people's freedom of choosing their occupations through the measures of laws and regulations. This can be constitutional, only by reviewing through the standard of freedom of occupation, which is in the constitution, and only by meeting this standard, can the restriction be justified. Through the analysis of literature, this paper discovered that there are many unconstitutional limitations, and need to be amended as soon as possible, in order to avoid violation to the constitution, and caused damage to people's rights. This paper believes that there should be a certain level of restriction for people with criminal records to operate funeral service business, but the restriction should be based on the nature of the crimes committed, in order to meet with the standards of constitutionality.

Keywords: Rights toWork, Employee's Freedom, Funeral and Interment Act..

Wen-Hsiu Wang, Director,Taipei Mortuary Services Office.
Yii-The Lee, Assistant Professor, Center for General Education, Alethia Univ.
Shih-Yung Wang, Lecturor, Center for General Education, Alethia Univ.
Received 2 July 2012; accepted 25 October 2012

壹、前言

死亡在我國社會一直是一種禁忌，跟死亡有關之殯葬禮儀服務業，對於很多人而言，也是視如洪水猛獸，避之唯恐不及，長久以來，對於其從業者資格，也無法規規範與管理，形成只要「膽子夠大」，幾乎就能經營殯葬禮儀服務業，其資格並沒有相關限制，[1]《殯葬管理條例》制訂並施行之後，對殯葬禮儀服務業者之負責人之資格始加以規範並限制，依據民國 101 年 1 月 11 日修正並於同年 7 月施行的該條例最新修正條文四十七條規定：「有下列各款情形之一，不得充任殯葬服務業負責人：一、無行為能力或限制行為能力者。二、受破產之宣告尚未復權者。三、犯殺人、妨害自由、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖、詐欺、背信、侵占罪、性侵害犯罪防治法第二條所定之罪、組織犯罪防制條例第三條第一項、第二項、第六條、第九條之罪，經受有期徒刑一年以上刑之宣告確定，尚未執行完畢或執行完畢或赦免後未滿三年者。但受緩刑宣告者，不在此限。四、受感訓處分之裁定確定，尚未執行完畢或執行完畢未滿三年者。五、曾經營殯葬服務業，經主管機關廢止或撤銷許可，自廢止或撤銷之日起未滿五年者。但第四十三條所定屆期未開始營業或第五十七條所定自行停止業務者，不在此限。六、受第七十五條第三項所定之停止營業處分，尚未執行完畢者。」

任何對於經營資格之限制，其實都牽涉到對人民職業選擇自由之限制，職業選擇自由乃係人民之自由權之一，受到憲法保障，有關於營業自由或職業自由，其實我國大法官歷來大都認為屬憲法工作權之領域，有關工作權之解釋大都以職業自由或營業自由來定性。[2]

職業選擇自由並非不得以法律加以限制，但是其限制必須符合憲法二十三條限制自由權之條件，方能認為是合憲之限制，本條有關經營資格之限制，跟人民工作權密切相關，有關經營資格的任何限制，都必須符合「憲政主義」（Constitutionalism）之「法治國原則」（rule of law），行政機關或立法機關不得任意加以限制，否則即有違憲之虞，此即中華民國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨害他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或

[1] 楊國柱，《殯葬政策與法規》，台北：志遠，2003 年，頁 187。

[2] 但是亦有認為工作權乃單純社會權而不包括職業自由或營業自由在內， 認為營業自由屬財產權保障之範圍，而職業選擇自由乃屬憲法二十二條保障之事項者。如吳庚，《憲法的解釋與適用》，台北：作者自印，2004 年，頁 274-281。

增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。因此，有關經營資格並非不得加以限制，只是必須符合一定之目的，並且要採必要之手段，然而，在衡量限制之強度與密度如何方能合憲時，則必須與職業選擇有關之理論來加以結合探討。

本文即將由職業自由限制之觀點出發，運用職業選擇自由的三階理論來探討《殯葬管理條例》四十七條有關經營資格之限制，是否為符合憲政主義法治國原則下之限制，為了反映「法治國原則」，中華民國憲法第一百七十一條第一項規定：「法律與憲法牴觸者無效」，第一百七十二條「命令與憲法或法律牴觸者無效」，換言之，在符合憲政主義的法治國原則之下，憲法是最高的，一切法律都必須以憲法為基礎，並由各種憲法精神、原理原則來加以檢視，如此的法律，方具有合憲性的基礎。也才不會因立法機關之恣意限制去侵害到人民基本權利而不自知。

本文之目的，乃是在於透過職業選擇自由之三階理論，來檢證上述有關經營資格限制，是否合憲，若合憲則不需要加以修正，若有違憲或違憲之虞之部分則希望能夠提出修法建議。

貳、工作權的保護範圍與效力

一、基本國策篇之效力

《中華民國憲法》第 15 條：「人民之工作權應予保障」，同樣的在《中華民國憲法》第 152 條：「人民具有工作能力者，國家應給予適當之工作機會。」因此，我國憲法在保障人民工作權之方面，特別規定「人民具有工作能力者，國家應給予適當之就業機會。」等於憲法用了強制性的「應」字，要求國家必須負起「給有工作能力之人民適當工作機會」且「促進充分就業」之義務。

基本國策之性質，傳統的學者認為基本國策之條文只具「宣示作用」或僅是「方針條款」對於國家機關並沒有實質的拘束力。[3]但現代的憲法學者則不如此認為，蓋憲法具有最高性，乃一國之內具有最高拘束力之規範，一國之內的所有人民、國家機關及政治勢力都是憲法之拘束，如果憲法之內有「宣示性條款」，則宣示性條款是沒有拘束力的，明顯跟憲法之最高性不符。李惠宗認為基本國策

[3] 羅志淵，《中國憲法釋論》，台北：正中，1970 年，頁 357。

乃「人民對於國家的要求」，[4]陳新民認為一個規範，應該置於憲法之前言、憲法人權章或基本國策章，僅是制憲者對憲法章節之安排，而非對該規範內容有任何性質與拘束力上之差別，因此基本國策之規定亦有部份具有人權條款之性質，可以把基本國策之規定，作為人權的「特殊保障」或「特別限制」條款之來源。[5]已故憲法學者劉慶瑞則把憲法第 152 條直接放在憲法人權篇有關「經濟的受益權」的部份來探討，他認為：勞動者在未得工作以前，國家需給予工作機會，使他們得從事經濟勞動，以維持生計。故我國憲法第 152 條：「人民具有工作能力者，國家應給予適當之工作機會。」[6]

換言之，我國憲法用強制性的「應」字來賦予國家機關某些作為義務，也就是「有工作能力之人民國家機關應給予其適當之工作機會」。如果國家機關沒有去作為「人民可要求國家機關作為」，給予人民適當之工作機會，等於憲法給予工作權「特殊保障」，國家機關有義務提供有工作能力之人民適當之工作機會。所謂「有工作能力的人」如何認定？一般而言，只要有其自主之自由意志能決定自己想從事工作來維持生計者，皆可認為具有工作能力者，至於何謂「適當之工作機會」？就必須留待文後探討比例原則時方加以說明。當然，哪些人具有「工作能力」？哪些又是「適當之工作機會」則憲法授權立法者立法來決定之，但仍不能由立法者恣意決定上述內容。

若人民具工作能力者，國家不給予適當之工作機會，則國家機關就違反了憲法給予國家的義務，人民得要求國家機關提供適當之工作機會。

二、工作權之內容

工作權也可以稱為就業權，內容包括職業獲得權、職業選擇自由權和平等就業權。職業獲得權（前述我國憲法 152 條之內容即屬之）在積極的意義上表現為要求國家和社會提供工作機會的權利；在消極意義上是對抗用人單位（西方國家通常稱為雇主）無理解雇的權利。

前者因具有請求性（受益權）而稱為積極的工作獲得權；後者因具有對抗性而稱為消極的工作獲得權。為勞動者提供就業機會，是國家不可推卸的義務，在

[4] 李惠宗，《中華民國憲法概要－憲法生活之新思維》，台北：元照，2003 年，頁 329。
[5] 陳新民，《中華民國憲法釋論》，台北：作者自印，2002 年，頁 840。
[6] 劉慶瑞、劉憶如，《中華民國憲法要義》，台北：作者自印，1999 年，頁 110。

《中華民國憲法》152 條已經說的很清楚了。在某部份勞動者處於失業狀態下，積極的工作獲得權未能實現的情況下，說明國家未能充分履行提供工作機會的義務，但是本條文是否賦予失業者向國家請求給予工作之請求權，而國家不得拒絕，否則國家應承擔債務不履行之法律責任呢？[7]陳新民認為答案是否定的，也就是這不視為是「人民的公法上請求權」。[8]但是本文不贊同這種見解，既然賦予國家機關義務但是人民又不能提出訴訟請求國家實現保障勞動者都有適當工作之機會，學理上言，豈不怪哉？既然用強制性的「應」字來賦予國家義務，則義務必需要履行，不需履行的不稱為義務，因此本文認為憲法 152 條既然是強制性規範，則要強制國家履行此一義務來能保障人民的積極的工作獲得權，人民可強制透過創制權或訴訟程序要求國家機關保障積極的工作獲得權。

消極的工作獲得權是已經就業的勞動者對抗用人單位無理解雇的抗辯性權利，它的功能是對既得工作崗位的保有和維持，同時也是對用人單位用人自主權濫用的限制。在勞動關係已實現契約化的今日，侵犯勞動者消極的工作獲得權的行為通常表現為用人單位違反勞動契約的無理解雇行為。對此，勞動者可以通過仲裁和訴訟程序實現救濟。作為救濟措施無外乎是裁定解雇無效或賠償損失。

職業自由權是勞動者可以依自己的意願，自主選擇職業的權利，包括是否從事職業勞動，從事何種職業勞動，何時從事職業勞動，進入哪一個用人單位從事職業勞動等方面的選擇權。勞動者享有自主的職業自由權是勞動者人格獨立和意志自由的法律表現。透過職業選擇自由，可以達到個人之自我實現。

平等就業權是指平等地獲得就業機會的權利，是社會平等在就業方面的必然要求。其要義是，勞動者不分性別、年齡，民族，在就業機會面前一律平等。維護平等就業的權利，就必須反對就業上的歧視現象。所謂歧視是指在沒有任何正當理由的情況下，而是基於性別或民族或其他方面的原因而排斥錄用。但是平等就業並不否定和排斥法律對女性、未成年者和少數民族、身心障礙人士所規定的特殊保護和促進就業的制度措施。

三、工作權的保障範圍

如同其他基本權般，工作權的保障範圍亦是從核心向外擴張，居此項權利保

[7] 陳新民，前揭書，頁 843。
[8] 同前註。

障的核心者，無疑是得以特定的工作作為職業，而且能確實執行的狀態，至於其他與職業的選定、執行有關聯部份，亦在工作權保障的範圍內，依據學者張永明之觀點如下：[9]

（一）職業的選擇與職業行使

當工作權的保障，主要以國民能自主決定從事何種特定工作，以建構生存基礎時，則其核心的保障乃選擇職業的自由，以及從事自己所選擇職業的自由。因此，當國家規定國民僅得從事那些工作當作是職業，而限制特定職業的選擇；或者規定特定的職業僅得由特定性別的國民擔任，或由符合特定資格要件的國民執行；甚至是對於從事職業的時間、地點、方式等為規定，則已侵入了工作權的保障範圍，除非個別的侵入行為有阻卻違憲的事由存在，否則即構成對工作權的違憲侵害。

（二）職前與在職教育機會

在工作權的保障，兼具確保生存的經濟基礎與促進人格發展的雙重功能下，落實工作權保障的方法，即包括讓國民具備從事特定工作的能力，以及繼續保有所選定職業所需求的能力。因此，職前與在職教育機會的提供，以及自由選擇參加職業教育訓練，亦屬於工作權保障的範圍。由於職業教育與訓練機會的提供，與職業選擇及從事職業的限制有別，後者僅需國家消極地不予介入，即可避免造成工作權的侵害；但前者則需國家本身積極地開辦，或促使私人開辦各類的職業教育及訓練學程，才能落實職業教育機會的供給。因此，此項由工作權的核心向外放射擴展的保障，即具有請求權的性質，然而國民並無法在法律上，而僅能在政治上，藉此請求權要求提供尚不存在的職業教育機會，當然對於已存在的職業教育機會，則可要求公平地參與分享，自不待言。

（三）工作環境品質

當以人性尊嚴作為人權的基礎時，一切自由權利的保障，均在落實人性尊嚴的維護。因此，工作權的保障，不僅是要確保國民得自由選擇與從事自己喜歡的工作，作為謀生的職業或陶冶心性的憑藉，亦應確保工作環境能符合人性尊嚴的

[9] 李以德，《我國國家考試應考資格法定限制之研究》，中國文化大學政治學研究所博士論文，2007年6月，頁131 。

要求，否則至多僅能實現工作權作為謀生糊口的最原始功能，而無法達成促進人格發展的目的。甚至於在惡劣的工作環境中，縱使勉強能進行職業行為， 但因身心所受不良工作環境的影響，勢將導致未來難以預見的傷害發生，因此工作權的保障亦應擴張及於工作環境品質的確保，降低自然或人為工作危險的發生，減少工作管理的疏失。

確保工作環境品質有賴主管機關制定與執行相關的勞動管理規定:如課予雇主與工作場所主人一定的注意義務，賦予勞動者成立工會組織、進行勞資協商、締結團體協約的權利，以及建立勞動者向企業內部申訴，與向法院提起訴訟等救濟管道，同時規定勞資爭議處理的程序與監督機制等。由於所謂的工作環境品質，仍屬不確定的法律概念，其所包括的事項繁多，對於勞動者而言，其得以訴訟主張者，乃符合人性尊嚴的工作環境請求權，至於其他能提昇工作環境品質，但未直接涉及勞動者人性尊嚴的請求，則不能以訴訟方式主張，而僅能成為政治上的請求權。

叁、法治國與職業自由之限制－階梯理論之運用

憲法二十三條規定立法者可以限制人權之「立法目的」共有四種情形：「防止妨害他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」、「增進公共利益」，又稱為「公益動機」，[10]這四項無一不是不確定法律概念，因此「公益動機」概念若任意擴張，立法機關可以任意侵犯人權，形成「立法恣意」。因此，如何的公益目的可以限制人民職業自由權，則必須有一套判斷的理論。

德國聯邦憲法法院於一九五八年的藥房案判決中，提出了著名的階梯理論[11]，或者譯為三階理論（Drei-stufentheories）。[12]認為工作權之行使根據它是否是純粹選擇一項工作或係純粹從事一項工作或兼有兩者性質，大致可分為三個層次。[13]國家對於人民職業自由之限制，可區分為對於職業經營階層之限制、對於

[10] 陳新民，《中華民國憲法釋論》，台北：作者自印，2002 年，頁 159-160

[11] 亦稱階層理論，見陳新民，〈公共利益之概念〉，收錄於陳新民編，《憲法基本權利之基本理論(上)》，台北：元照，2002 年，頁 174；階梯理論則見姚立明，〈憲法工作權之性質－簡介西德憲法法院四個代表性判例〉，《中山社會科學季刊》，第 4 卷 2 期，1989 年 6 月，頁 136-137

[12] 稱為三階理論者有李惠宗，〈論營業許可基準之司法審查－兼論我國憲法上營業自由之限制〉，《經社法制論叢》，第 5 期，1990 年 1 月，頁 246-248 及劉建宏，〈基本權各論基礎講座（七）－工作權〉，《法學講座》，第 23 期，2003 年 11 月，頁 4-7

[13] 同註 11 姚立明，頁 136

職業選擇選擇階層之主觀限制及對於職業選擇階層之客觀限制等三種。[14]

第一個層次就是法律完全不干涉之工作，任何人可以加以選擇，法律頂多對於工作的方式略作規劃。第二個層次是法律要求選擇這種工作的人應具備某些個人能力與條件，第三個層次是除了個人能力與條件外，法律優增加一些客觀條件，要求完全符合這些條件，才准許選擇這項工作。[15]

這三個層次，因為涉及侵害個人工作選擇權程度有所不同，因此，憲法上對於立法者的要求程度自亦有所不同。第一個層次，基於每個人若選擇這個工作，法律不加以干涉，只是對於這種工作之方式、範圍、時間略作規範，因此對人民選擇工作權較無限制。此種規範只觸及職業自由基本權之外圍，並未深入其核心領域，因此立法者加以限制時，擁有較大之裁量空間。[16]就違憲審查基準而言，乃是採用寬鬆之審查基準，立法者做這種限制幾乎都被認為合憲。

第二個層次，因為法律要求具備一定能力的人才可以選擇這個工作，因此它限制了部分人從事此項工作之權利，則某一部分人民選擇該項職業之權利便受到限制，憲法所保障之工作權等於受到侵害，因此，憲法要求，法律做這種限制必須是基於社會上具體應保護之公益而來；例如：某項公務員的工作必須具備相當的能力才可從事，這是為了保障公務機關之能力。這種公益又與憲法保障個人工作權之利益相當，因此憲法允許立法者基於公益的考量、限制個人工作選擇權。[17]這類主觀條件限制，必須是基於保護個人自由之重要公益考量時，始得為之。因此，立法者必須具體說明這些限制要保護之具體公益何在，若立法者無法說明或者是無法界定哪些公益優於個人利益需被保護，則無法通過違憲審查，乃是採行中度審查基準。

第三個層次，是法律除了要求選擇這個工作的人，必須具備主觀的能力外，還必須符合一定的客觀條件，否則不能從事該項職業，而這些客觀條件之滿足，又非個人本身所能左右。換言之，這種層次的工作，法律作最嚴格的限制，則憲法就要求，若沒有可資證明且極為重要之社會價值，或為了保障高層次的人權價

[14] 同註 12 劉建宏，頁 4
[15] 姚立明，頁 136
[16] 劉建宏，《論人民職業自由之保障－德國基本法第 12 條第一項之研究》，台北：輔仁大學法律學研究所碩士論文，1991 年，頁 87-92
[17] 姚立明，頁 136

值，否則法律不應對任何工作做這樣嚴格的限制。換言之若僅是為了維護所謂抽象公益，或是為了促進少部份人之公共福祉，或僅是為了保護該項職業之社會形象，或為了維持從事該工作之人數使該工作之品質得以維持等等，都不足以成為對該工作附加所謂客觀條件之理由。若以違憲審查基準來看，屬於最嚴格之審查基準，立法者之立法幾乎無法通過合憲性審查。

有關階梯理論及其所要求之公益對應之違憲審查基準等以表列如下：

表 1：階梯理論及規範密度、公益及違憲審查基準表

	對基本權限制強度	要求保護之公益	違憲審查基準
有關職業選擇自由之客觀條件限制	非常高	特別重要公益，且可證明，或有最高危害	嚴格審查基準
有關職業選擇自由之主觀條件限制	中等	優先於個人自由之重要公益， 必須具體指明	中度審查基準
職業經營階層之限制	低度公益	立法機關說的出來的公益	寬鬆審查基準

資料來源：作者自繪

就殯葬管理條例四十一條規定而言，對經營資格之限制乃是屬於消極資格（某些犯罪前科，屬於道德要求）的限制，就其限制之性質，應屬職業選擇自由之主觀領域限制，因為這每一項都牽涉個人條件與能力，將之界定為主觀條件限制，應頗為恰當。[18]如此則本文將採用與主觀條件相對應之違憲審查基準來判斷本條規定對殯葬業經營資格之限制是否合憲。

運用三階理論，其實牽涉到比例原則之應用， 有關比例原則之適用，首先需判斷「差別待遇之目的是否具有正當性」，這牽涉到立法機關可以用多大的規範密度來限制人民權利？立法機關限制人民權利之時其所主張之公益為何？若立法機關限制人民權利之理由或原因並非公益或無相當之公益理由，此時為「立

[18] 然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。見大法官釋字五八四號解釋理由書。

法恣意」，其所訂立之法律或法律所為之授權，應為無效。換言之，公權力的行使若限制或剝奪人民自由權利，而未能以法律並基於比例原則的公益考量為之（第二十三條），即構成違憲。[19]

而在進行違憲審查的時候，針對某一立法措施是否能通過合憲檢驗通常使用三種審查標準或稱「層級化審查基準」，對不同類型的差別待遇，有著不同強度的目標要求。[20]這三種審查標準如下：（一）「嚴格審查」（strict scrutiny），此一標準為最嚴格的審查標準。在此一標準下，該特定立法或措施所欲達成的利益若不是最實質重要的利益，或者政府為達成該立法或措施所設定之目的所選擇之手段，與該實質重要利益之間位具有嚴密關聯性，則通常該立法或措施會被認定為違憲[21]。

第二個審查標準稱為「中度嚴格審查」（heightened standard）標準。在此一標準下，該立法或政府措施所要達成目的雖不必為實質重要的利益，但至少必須是重要利益，而該立法或措施所選擇的手段則必須和該利益之間具有充分的重要關連。

第三個審查標準稱為「合理基礎」審查標準。在此一標準下，只要系爭立法或政府措施未基於任何弱勢族群作為分類標準，同時也不違背任何憲法基本權利（fundamental rights）的保障，只要具有合理正當的立法目的，且其所選擇的手段與目的兼具有合理的關連則該立法或措施通常會通過合憲審查[22]。

綜上所述可知，德國職業自由三階理論係將比例原則用於違憲審查之過程中，根據立法機關對基本權利「限制程度」之不同，界分出「職業經營階層之限制」、「職業選擇階層之主觀限制」與「職業選擇階層客觀限制」三種不同的審查基準。在「職業經營階層」中，因為對職業自由之限制程度較輕，故只要植基於「立法機關所認定之公益」，即可為之；在「職業選擇階層主觀限制」中，因對職業自由之限制程度比「職業經營階層」較重，故必須植基於「重大的公共利益」始可為之；在「職業選擇階層客觀要件」中，因對職業自由之限制程度比「職業

[19] 蘇永欽，〈試釋違憲〉，《台大法學論叢》，第 24 卷 2 期，1995 年 6 月，頁 209。
[20] 廖元豪，〈歐洲人權公約對平等權的保障－以歐洲人權法院判決為中心〉，《憲政時代》，二十五卷三期，2000 年 1 月，頁 89。
[21] 劉靜怡，〈同性戀者之憲法平等權保障－以美國聯邦最高法院 Romer v.Evans 判決為核心〉，《月旦法學雜誌》，第 30 期，1997 年 11 月，頁 36-37
[22] 同前註。

選擇階層之主觀要件」較重，故必須植基於「可資證明且顯然嚴重危險的重大公共利益」始可為之。此三者雖在目的正當性方面有此三種區隔，但在手段必要性及限制妥當性方面則同屬一轍，並均植基於「公共利益對基本權利限制程度之不同」以及「公共利益與基本權利如何取得均衡點」，作為立論的根據。[23]

職業自由在個人作為生存維繫之際，乃與人格自由發展息息相關。[24]當某一基本人權與人格發展密切相關時，因對每個人生命過程塑造具有重大意義，故立法形成空間應較小，只能基於保護基本人權的理由加以限縮。[25]惟實際上的困難，在於如何在經濟、社會、職業政策的立法自由形成空間與個人對立法者請求基本權保護之間取得和諧。德國聯邦憲法法院歷年來的裁判，不論是職業經營自由或是職業選擇自由之立法干涉，均受比例原則之約束。依此，個人受到保障之職業自由範疇，立法者為公共利益所追求之目的，以及為達成此等目的所採取之手段，均應相互衡量。比例原則在此即應針對「個人就其對社會整體表現之貢獻所作之自由抉擇」以及「國家規範職業與經濟生活秩序之必要性」兩者間，取得均衡點。[26]

肆、有關殯葬服務業經營資格限制之分析

殯葬業經營資格的限制，致使某一部分的人，因為法律規定的原因，而喪失經營殯葬業之資格，既然職業選擇自由為憲法「工作權」保障之範圍所包含，則法律對之加以限制，必須符合憲法二十三條比例原則，即「目的正當性」、「手段必要性」、「合比例性」等來加以探討。以下的部分，即先就「差別待遇是否存在」、「差別待遇是否具有正當目的」、「目的與手段之關連性（包括手段是否必要、適當）」來加以分析。在分析法律是否具有合憲性基礎，有下列幾個判斷方法（一）、目的正當，手段適當或必要：→判斷合憲。（二）、目的正當，手段不適當或不必要→判斷違憲（三）目的不正當→判斷違憲。也就是先確定立法目的是不是符合憲法二十三條之目的，先檢驗目的再檢驗手段。

《殯葬管理條例》第四十七條（以下通稱本條）對營業資格之限制共分六款，

[23] 陳怡如，〈從德國職業自由三階說評析釋字第五八四號之問題〉，刊登於台灣法律網，網址：http://www.lawtw.com/，上網瀏覽日期，2012 年 6 月 10 日。
[24] 同前註。
[25] 同前註。
[26] 同前註。

茲分別加以檢驗之。

一、以無行為能力或限制行為能力者來限制

此處先探討「差別待遇是否存在」？此處之差別待遇乃區分「行為能力」，換言之，以是否具有完整的行為能力來做差別待遇之標準，行為能力指人之行為能發生一定法律上效力之能力，亦即得為法律行為之資格。[27]依據民法第十三條規定：「未滿七歲之未成年人，無行為能力。滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力。未成年人已結婚者，有行為能力。」同法第十五條：「禁治產人，無行為能力。」，可見我國民法原則是以年齡來判斷行為能力之標準。而禁治產則為特殊規定，乃是以精神狀態來判斷。因此差別對待在於是否成年、心智是否成熟。

成年者被認為心智成熟，未成年者（無行為能力或限制行為能力）心智不夠成熟。由於無行為能力跟限制行為能力包含許多態樣，因此只以「禁治產」來舉例說明。

然而，這兩者間相同之處也是他們都是人，只是在心智能力上有所區別。因此對於此處之差別待遇仍應依據憲法第二十三條，探討差別待遇之正當性，即是否符合公益原則。就此而言，擔任殯葬服務業之負責人或經營者，不僅涉及處理自己事物，更牽涉他人的事務及權益，應該具備對事理完整之判斷能力，「禁治產人」對自己之事務都無法處理了，更遑論處理涉及他人事務，因此若不加以區分，則若讓心智不正常者經營殯葬業，具有「不可預期之危險」，對公益乃是重大危害，因此這邊所為之差別待遇具有目的正當性。

至於手段是否必要？依據民法第十四條第一項：「對於心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己知事務者，法院得因本人、配偶、最近親屬二人或檢察官之申請，宣告禁治產。」復依同法第十五條：「禁治產人，無行為能力。」受宣告者，必須心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之程度，心神喪失與精神耗弱無非是意思能力有欠缺，兩者之區別，惟有程度上之不同。前者為全然缺乏意思能力之精神狀態（如白癡、發瘋、精神分裂等），後者其意思能力較常人為弱，致不能做是非利害得失之判斷[28]。，以是否具備法律上「行為能力」來作為區別之基準，亦無其他更好方法或手段來保護心智不健全者，所產生之差別待遇，屬

[27] 林大洋，《民法概要》，台南：世一，2003 年，頁 41。
[28] 劉得寬，《民法總則》，台北：五南，1982 年，頁 80。

正當、合理，因此此處之差別待遇能通過比例原則之檢視，乃屬合憲。

二、以受破產之宣告尚未復權者來限制

此處仍須加以確認差別待遇是否存在？本項是以是否受破產宣告尚未復權來加以區分，因此其區分之重點在是否是受破產宣告尚未復權者，而加以限制其經營資格，當然有差別待遇之存在。

差別待遇存在，但其目的為何？依據《破產法》第一條：債務人不能清償債務者，依本法所規定和解或破產程序，清理其債務。同法第五十七條：破產，對債務人不能清償債務者宣告之。蓋破產一經宣告，即成立破產財團，凡屬於破產財團之財產，破產人喪失其管理及處分之權。[29]而依據同法第八十二條：「左列財產為破產財團：一　破產宣告時屬於破產人之一切財產，及將來行使之財產請求權。二　破產宣告後，破產終結前，破產人所取得之財產。」可知道破產人一經宣告破產其對於自己之財產即無自由處分之權，換言之等同於類似「禁治產」，則如此破產人如何能經營殯葬服務業而幫他人處理事務呢？乃是為了保護不特定多數人之利益，因此目的具有正當性。

至於手段適不適當呢？本項之手段乃是限制破產人於復權之前不能經營殯葬服務業，既然在破產尚未復權之前，其不得自由處分收益其財產，而是由破產財團來管理，則在無其他更好方法保護破產人即不特定多數人之情形下，此處之手段乃屬合理、正當。

三、以具有某種前科來限制

依據本條第三款規定：「犯殺人、妨害自由、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖詐欺、背信、侵占罪、性侵害犯罪防治法第二條所定之罪、組織犯罪防制條例第三條第一項、第二項、第六條、第九條之罪，經受有期徒刑一年以上刑之宣告確定，尚未執行完畢或執行完畢或赦免後未滿三年者。但受緩刑宣告者，不在此限。」以及第四項：「受感訓處分之裁定確定，尚未執行完畢或執行完畢未滿三年者。」換言之，就是以是否具有某些前科要件來限制經營資格。因此，形成某些人具有某些資格而其他人不具資格之現象，差別待遇存在。

差別待遇之目的為何？殯葬服務業本身，乃是對往生者及對往生者家屬提供

[29] 陳計男，《破產法論》，台北：三民，1984 年，頁 121。

種種服務，這個行業必需要懂往生者身後事之處理、要知道各種不同宗教及地區不同所產生之不同喪葬習俗、知道如何申請火化、何時能進塔，這是這個行業最主要之工作，也是其有可能對公共利益產生影響之處。換言之，由於一般人對死亡所產生之禁忌，這些服務業者就是以他們的專業來替大眾提供服務，因此必須具有優良品德，以方便服務民眾，民眾也期待殯葬服務業者具有優良品德，以忠實的依據其專業跟契約來為民服務，謀求民眾的福祉，有過這些前科者者至少因有過犯罪紀錄，其品德本身有某些缺陷。因此若以這一點而言，差別待遇本身目的具有正當性。

差別待遇目的具有正當性則必須檢視手段之必要性或合理性，本條限制，乍看之下相當合理，然而《刑法》所規定犯罪之種類、態樣，不下數十種，為何單獨挑這幾種犯罪態樣之前科出來，認為必須加以限制，而有過其他犯罪前科者，則認為不必加以限制呢？是這些犯罪前科本身都不會悔改而其他前科就會嗎？或者因為這些前科，再（累）犯率高？依據司法院之「九十三年司法業務概況」所顯示，累犯比率較高之前四種犯罪依次是「違反毒品危害防治條例」其累犯率為 51.5%、違反「麻醉藥品管制條例」之 40.0%、《竊盜罪》累犯率為 34.3%、違反《槍砲彈藥刀械管制條例》累犯率為 27.0%，[30]這四種犯罪與前文中所列限制殯葬業經營資格之前科顯然完全無關，如果這些限制對殯葬服務業執行其職務是很重要者，其他犯罪前科是否不重要？立法者既然未加說明，相關文獻也未見其理由為何。也由於我國具有前科之人口目前無統計數字，無法精確知悉其影響層面。不過，以保障人權之觀點，對於犯罪前科者，剝奪其永久不得擔任某些工作之資格，必須相當謹慎之思考。這些犯罪在手段上，其實跟其目的無關，也就是手段無法達成目的，因此無法通過比例原則之檢驗。但是其仍有目的正當性，依據「合憲解釋原則」其仍然為合憲，只是必須把前科限制重行檢討至適合限制殯葬服務業之前科種類吧了。

四、被廢止或撤銷許可不滿五年者

「曾經營殯葬服務業，經主管機關廢止或撤銷許可，自廢止或撤銷之日起未滿五年者。但第四十三條所定屆期未開始營業或第五十七條所定自行停止業務者，不在此限。」本限制最大之問題，在於五年期限，五年如何去決定？為何被

[30] 司法院，「九十三年司法業務概況」，網址：http://www.judicial.gov.tw/juds/ ，上網檢視日期 2012 年 06 月 17 日。

廢止或撤銷許可者即被管制五年，為何不是三年或一年或十年，立法者既然立法以五年為管制期，則有必要清楚說明為何制訂為五年？以限制人民自由權之比例原則而言，對人民權利之限制應該為「最小之侵害」，此處管制五年不能從事經營殯葬服務業，則五年明顯違反最小侵害之原則，因此屬於違反比例原則之違憲條文，且不管是目的或手段都找不出任何符合合憲解釋之可能，應予修改廢止另行為新規定。

五、受第七十五條第三項所定之停止營業處分，尚未執行完畢者

本條規定所定之停止營業處分之情形為依據本法第 75 條三項:「火化場違反第二十五條第一項規定火化屍體，且涉及犯罪事實者，除行為人依法送辦外，得勒令其經營者停止營業六個月至一年。其情節重大者，得廢止其殯葬設施經營業之經營許可。」，本項之停止營業處分，必須是符合第二十五條第一項所定之情形，並且涉及犯罪事實，主管機關方能裁定停止營業。

然而，涉及犯罪事實不代表「確實犯罪」，一個人是否犯罪必須經過法院審判判決確定，才能知曉，法諺有:「未經正當法律程序，不得剝奪人民權利」及「證明有罪之前先假定為清白」所謂「無罪推定原則」，本條限制居然是由主管機關以涉及犯罪事實之理由，來決定停止營業，明顯違反無罪推定原則，因此，本法 75 條所訂停止營業情形，明顯不適當。因此，以違反 75 條停止營業之規定來加以限制人民之工作權與營業自由更是相當不適當，乃是違憲之規定，應予廢止。

綜合整理相關限制表列如下：

表 2：各種限制之合憲性及修法建議

各種限制	合憲性	修法建議
無行為能力或限制行為能力者	合憲	不須修正
受破產之宣告尚未復權者	合憲	不須修正
以具有某種前科來限制	目的合憲、手段過當、有違憲之虞	應加以修正至適合殯葬服務業工作性質之前科
被廢止或撤銷許可不滿五年者	違憲	應予廢止
受第 75 條所定之停止營業處分，尚未執行完畢者	違憲	應予廢止

資料來源：作者自繪

伍、研究建議－代結論

前已言之，本條例第 47 條消極資格之限制，乃係參考原封不動照搬《不動產經紀業管理條例》而來，然而此兩種行業（殯葬服務業與不動產經紀業）工作性質及所需要具備之專業皆不同，依理應該對其開業執業資格，針對不同之工作不同之工作內容與專業要求來加以限制

一、有違憲規定應予廢止而違憲之虞的法律條文應速修正

依據本文分析，《殯葬管理條例》第四十一條有關經營資格之限制有諸多違憲之處，例如第一項、第二項第五款、第六款等，依據「合憲解釋原則」皆找不出合憲可能，這幾項規定應加以檢討廢止，以保障人民之工作權及營業自由。

至於第二項第三、四款有關前科之限制，則為目的合憲，手段卻與目的無關，以「合憲解釋原則」雖有合憲可能，但必須加以修正其前科限制，使其符合跟從事殯葬服務業相關之前科限制，而非任意套用其他法律之前科限制，形成不適宜之限制結果，如此才能保障人民之基本權利。

二、權利受侵害之救濟方式

有權利必有救濟，乃憲法上不易的鐵則，亦為法治國原則之基本內涵。[31]既然上述法律或規則屬違憲之法規，則其所造成之差別待遇，必然對於人民之權利有所侵害，必須加以救濟。

前述權利受侵害之人，在相關法律條文未修正前，若因前述原因，而被主管機關拒絕其登記為殯葬服務業之經營者時，可以該決定違法損害人民權利為理由，提起行政訴訟救濟及主張國家賠償，甚至在確定終局判決仍堅持引用前述侵害人權之法條或考試規則作為裁判之依據時，最後亦得申請憲法解釋，請求大法官依據憲法一百七十一條及一百七十二條宣告前述法條無效，以落實有權利必有救濟之憲法精神。

[31] 黃俊杰，〈特別權力關係與國家賠償－評台北地院七一國〇一二及台灣高等法院七一上國十二民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 29 期，1997 年 10 月，頁 118-125。

參考書目

1. 司法院，「九十三年司法業務概況」，網址：http://www.judicial.gov.tw/juds/ ，上網檢視日期 2012 年 06 月 17 日。
2. 吳庚，(2004)《憲法的解釋與適用》，台北：作者自印。
3. 李惠宗，(2003)，《中華民國憲法概要－憲法生活之新思維》，台北：元照。
4. 李惠宗，(1990)，〈論營業許可基準之司法審查－兼論我國憲法上營業自由之限制〉，《經社法制論叢》，第 5 期，(1 月)，頁 227-264。
5. 林大洋，(2003)，《民法概要》，台南：世一。
6. 姚立明，(1989)，〈憲法工作權之性質－簡介西德憲法法院四個代表性判例〉，《中山社會科學季刊》，第 4 卷 2 期，(6 月)，頁 134-144。
7. 李以德，(2007)，《我國國家考試應考資格法定限制之研究》，中國文化大學政治學研究所博士論文。
8. 陳怡如，(2012)，〈從德國職業自由三階說評析釋字第五八四號之問題〉，刊登於台灣法律網，網址：http://www.lawtw.com/，上網瀏覽日期，2012 年 7 月 10 日。
9. 陳計男，(1984)，《破產法論》，台北：三民。
10. 陳新民，(2002)，《中華民國憲法釋論》，台北：作者自印。
11. 陳新民，(2002)，〈公共利益之概念〉，收錄於陳新民編，《憲法基本權利之基本理論（上）》，台北：元照。
12. 黃俊杰，(1997)，〈特別權力關係與國家賠償—評台北地院七一國〇一二及台灣高等法院七一上國十二民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 29 期，(10 月)，頁 118-125。
13. 楊國柱，(2003)，《殯葬政策與法規》，台北：志遠。
14. 廖元豪，(2000)，〈歐洲人權公約對平等權的保障—以歐洲人權法院判決為中心〉，《憲政時代》，二十五卷三期，(1 月)，頁 83-98。
15. 劉建宏，(1991)，《論人民職業自由之保障－德國基本法第 12 條第一項之研究》，台北：輔仁大學法律學研究所碩士論文。
16. 劉建宏，(2003)，〈基本權各論基礎講座（七）—工作權〉，《法學講座》，第 23 期，(11 月)，頁 1-8。

17. 劉得寬，(1982)，《民法總則》，台北：五南。
18. 劉慶瑞、劉憶如，(1999)，《中華民國憲法要義》，台北：作者自印。
19. 劉靜怡，(1997)，〈同性戀者之憲法平等權保障－以美國聯邦最高法院 Romer v.Evans 判決為核心〉，《月旦法學雜誌》，第 30 期，(11 月)，頁 35-49。
20. 羅志淵，(1970)，《中國憲法釋論》，台北：正中。
21. 蘇永欽，(1995)，〈試釋違憲〉，《台大法學論叢》，第 24 卷 2 期，(6 月)，頁 205-237。

